

University of Groningen

De prejudiciële procedure als abstracte onredelijk bezwarend-toets

Pavillon, C.M.D.S.

Published in:
Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Publication date:
2017

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Pavillon, C. M. D. S. (2017). De prejudiciële procedure als abstracte onredelijk bezwarend-toets. *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, 148(7163), 700-703.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

De prejudiciële procedure als abstracte onredelijk bezwarend-toets



Mw. mr. drs. C.M.D.S. Pavillon*

1. Inleiding

Op 21 april 2017 beantwoordde de Hoge Raad een prejudiciële vraag van het Hof Amsterdam met betrekking tot de oneerlijkheid van een door Dexia in haar aandelenleaseovereenkomsten gehanteerd boetebeding.¹ Op grond van art. 6 jo. 15 Bijzondere voorwaarden kan Dexia bij wanprestatie van de lessee en daaropvolgende vroegtijdige beëindiging of ontbinding van de leaseovereenkomst, naast het geleende bedrag, in één keer betaling van de resterende maandelijkse rentetermijnen vorderen.² Het te betalen bedrag wordt voorts verminderd met de opbrengst van de effecten. Verder heeft het Hof Amsterdam art. 15 zo uitgelegd dat op de vervroegde betaling van het restant van de leasesom een aftrek van 5% per jaar plaatsvindt (overeenkomstig art. 7A:1576e lid 2 (oud) BW).

Het hof twijfelde aan de geldigheid van art. 6 jo. 15 Bijzondere voorwaarden en vroeg de Hoge Raad of dit beding gelet op de wettelijke regeling van huurkoop, de aard van de goederen, de omstandigheden rondom de sluiting van de overeenkomst en de omstandigheid dat gedurende de looptijd niet wordt afgelost op het aankoopbedrag, een beding is, dat op grond van Richtlijn 93/13 als oneerlijk (lees als onredelijk bezwarend in de zin van art. 6:233 sub a BW³) moet worden beschouwd. De Hoge Raad acht dit beding inderdaad onredelijk bezwarend wat betreft de aanspraak van Dexia op de nog verschuldigde rentetermijnen over het restant van de looptijd van de overeenkomst.⁴

Deze uitspraak is de zoveelste loot aan de inmiddels lange stam van uitspraken inzake het aandelenlease-

debacle. Het is niettemin een bijzondere uitspraak die het verdient om onder de aandacht te worden gebracht. Het is de eerste keer dat de Hoge Raad een prejudiciële vraag beantwoordt met betrekking tot het onredelijk bezwarend karakter van een beding in algemene voorwaarden.

2. Een fictieve vergelijkingstoets

Opmerkelijk is allereerst de wijze waarop de Hoge Raad invulling geeft aan de onredelijk bezwarend-toets. De toetsing van het beding aan art. 6:233 sub a BW komt veelal neer op een vergelijking met de (fictieve) situatie naar regelend recht (r.o. 3.5.6 en 3.7.1. e.v.). De Hoge Raad overweegt, in navolging van het hof in zijn tweede tussenarrest, dat art. 6

* Universitair hoofddocent aan de Rijksuniversiteit Groningen en vaste medewerker van het WPNR. (c.m.d.s.pavillon@rug.nl)

1. Hoge Raad 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:773 (X/Dexia), RvdW 2017/520.
2. 'De leaseovereenkomsten zijn zogeheten restschuldproducten; de verschuldigde maandelijkse termijnen bestonden uitsluitend uit rente, en de geleende bedragen zouden telkens eerst worden afgelost aan het einde van de looptijd, door het te gelde maken van de effecten en het verrekenen van de opbrengst daarvan.' (r.o. 3.1).
3. De richtlijn is immers niet rechtstreeks van toepassing in de Nederlandse rechtsorde (r.o. 3.5.1).
4. Het overige deel van de in r.o. 3.4.2 en 3.4.3 aangehaalde bepalingen blijft overeind.

Bijzondere voorwaarden afwijkt van art. 6:277 lid 1 BW,⁵ op basis waarvan het positief contractbelang kan worden gevorderd in geval van ontbinding ex art. 6:265 BW.⁶ Denkt men art. 6 jo. 15 weg, dan vindt ontbinding plaats op grond van art. 6:265 BW en wordt de schadevergoeding vastgesteld op grond van art. 6:277 BW. Bij deze schadevaststelling ‘geldt dat Dexia door de ontbinding van de overeenkomst(en) niet in een voordeliger positie mag komen dan waarin zij bij wederzijdse nakoming zou hebben verkeerd’ (r.o. 3.7.3 waarin de Hoge Raad art. 7A:1576t (oud) BW aanhaalt).⁷

Volgens de Hoge Raad gaat Dexia er wel degelijk op vooruit. Ervan uitgaand dat de op basis van art. 6:271 BW gerestitueerde hoofdsom rentedragend is en ‘tegen het percentage dat zij op dat moment kan bedingen’ opnieuw wordt uitgeleend, valt de schade voor Dexia lager uit dan de resterende rentetermijnen waar art. 6 jo. 15 haar recht op geeft. Voorts geldt dat de in art. 15 bedongen ‘korting’ bij ‘het contant maken van de leasesom’ is gefixeerd op 5% (r.o. 3.7.6, ofschoon art. 7A:1576e lid 2 (oud) BW niet van toepassing is in geval van ontbinding) en dat een groter voordeel voor Dexia bij de vervroegde aflossing niet wordt verdisconteerd (r.o. 3.7.8 en 3.8.2). De op grond van de algemene voorwaarden verschuldigde schadevergoeding ligt dus hoger dan de wettelijke schadevergoeding waarop Dexia gelet op genoemde voordeelstoerekening⁸ aanspraak maakt. Omdat het peilmoment van de onredelijk bezwarend-toets dat van de contractssluiting is (en, zo neem ik aan, de toen geldende rente de maatstaf vormt) maakt het niet uit dat het daadwerkelijke voordeel gelet op een latere (lagere) rentestand beperkt of zelfs nihil kan zijn (r.o. 3.8.1). Daar kan tegenin worden gebracht dat bij de toetsing van vertragsrentebedingen de ten tijde van de toetsing geldende rentestand wel degelijk een rol speelt.⁹ Peilmoment, fictieve vergelijkingstoets en fluctuerende rentestanden gaan, zo lijkt het, niet goed samen.

De fictieve vergelijkingstoets – ‘wat is in algemene zin rechtens indien het beding wordt weggedacht’ – vooropstellen, past goed bij een abstracte oneerlijkheidstoets waarbij individuele omstandigheden buiten beschouwing blijven. De prejudiciële uitspraak is naar haar aard abstract – het antwoord op de gestelde vraag moet toepasbaar zijn in de vele zaken waarin deze vraag en daaraan ten grondslag liggende feiten zich voordoen. De vergelijkingstoets vormt doorgaans echter niet het beslissende, laat staan enige meegewogen, gezichtspunt bij de onredelijk bezwarend-toets. Met behulp van deze methode kan de bezwarendheid van een beding worden bepaald¹⁰ maar de *onredelijk* bezwarendheid van dit beding hangt af van de individuele of geobjectiverende omstandigheden van het geval.¹¹ Opvallend is dat de Hoge Raad de overige door het Hof Amsterdam in zijn vraag genoemde gezichtspunten

– de aard van de goederen, de omstandigheden rondom de sluiting van de overeenkomst en de omstandigheid dat gedurende de looptijd niet wordt afgelost op het geleende aankoopbedrag – niet (expliciet) in zijn toetsing van het beding betreft. De overige inhoud van de bedingen (de korting van 5%) krijgt wel aandacht maar doet niet af aan de uitkomst van de toetsing.

Europese rechtspraak met betrekking tot de Richtlijn oneerlijke bedingen, die ten grondslag ligt aan de onredelijk bezwarend-norm in consumentenzaken, wijst er evenwel op dat de vergelijking met hetgeen rechtens is een centraal en soms doorslaggevend gezichtspunt vormt bij de oneerlijkheidstoets.¹² Aan deze rechtspraak refereert de Hoge Raad uitgebreid in het kader van zijn richtlijnconforme uitleg van art. 6:233 sub a BW.¹³ De vergelijking met de wet koppelt hij aan de toetsing of sprake is van een beding dat ‘het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument aanzienlijk verstoort’ (art. 3 lid 1 richtlijn) door de consument een ‘onevenredig hoge vergoeding’ op te leggen indien hij zijn verbintenissen niet nakomt (onderdeel e van de indicatieve lijst bij de richtlijn, r.o. 3.5.6).¹⁴

5. De Raad sluit aan bij de ontbindingsregels uit Boek 6: r.o. 3.7.2.
6. Vgl. HR 19 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1731, *NJ* 1995/531 en HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ1684 (G4 Beheer/Hanzevast), *NJ* 2012/684.
7. Lieveverse merkt in haar noot bij onderhavig arrest op dat een beroep op een boetebeding bij een ‘gewone’ ontbinding in beginsel is toegestaan en dat langs die weg mogelijk meer schade kan worden gevorderd dan de werkelijk geleden schade. Noot C.W.M. Lieveverse, *JOR* 2017/164 verwijzend naar Parl. Gesch. Inv. Boek 6 BW, p. 1036.
8. Deze toerekening geschiedt overigens in het kader van art. 6:277 BW, zij wordt in elk geval niet expliciet gelinkt aan art. 6:100 BW (r.o. 3.7.5). Zie over deze materie: T. Hartlief, Voordeelstoerekening anno 2017, *AAe* juni 2007, p. 473-487.
9. Rb. Amsterdam (vzr. kanton) 12 december 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:8887, *WR* 2014/56, r.o. 10 en HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, *NJ* 2014/274, m.nt. H.B. Krans, r.o. 3.10; zie noot MRM bij HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164, *NJ* 2013/374 (Aziz), onder 4.
10. Parl. Gesch. Inv. Boek 6 BW, p. 1579. Zie hierover R.H.C. Jongeneel en C.M.D.S. Pavillon, ‘Algemene vernietigingsgronden; de open norm’, in: B. Wessels en R.H.C. Jongeneel, *Algemene voorwaarden, Serie Recht en Praktijk*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 156-158.
11. HR 16 mei 1997, *NJ* 2000/1, r.o. 4.2.
12. A.G.F. Ancery, ‘Toetsing van oneerlijke bedingen: de fictieve toets terug op de kaart?’, *Maandblad voor Vermogensrecht* 2014, afl. 4, p. 104.
13. HvJ EU 14 maart 2013, ECLI:EU:C:2013:164 (Aziz), *NJ* 2013/374, r.o. 68-71, en HvJ EU 16 januari 2014, ECLI:EU:C:2014:10 (Constructora Principado), *NJ* 2014/247, r.o. 21-23.
14. Vgl. concl. A-G Wissink onder 6.1 en 6.43.

3. Een veelbelovende ‘première’: de prejudiciële onredelijk bezwarend-toets

Wat de Hoge Raad vervolgens doet, is art. 6 jo. 15 Bijzondere voorwaarden *de facto* op de zwarte lijst onredelijk bezwarende bedingen plaatsen (r.o. 3.9.1). In een individuele zaak bestaat bij de toetsing van dit beding aan art. 6:233 sub a BW geen ruimte meer voor het mee laten wegen van persoonlijke omstandigheden. De in individuele gevallen als een concrete omstandighedentoets bedoelde oneerlijkheidstoets is aldus verworpen tot een abstracte toets. De Hoge Raad benadrukt in dit opzicht dat de vraag of ‘naar redelijke verwachting’ sprake is van een ‘onaanvaardbaar zware financiële last’ voor de consument geen rol speelt bij de oneerlijkheidstoets (r.o. 3.9.2). Bij een individuele toepassing van art. 6:233 sub a BW zou een dergelijke omstandigheid, indien kenbaar voor de wederpartij, wel degelijk in het voordeel van de consument kunnen worden meegewogen. In aandelenleasezaken wordt deze omstandigheid evenwel, in lijn met de hof-formule, bij de toetsing aan art. 6:101 BW betrokken.

De nationale prejudiciële procedure onderscheidt zich, wat betreft de bereidheid van de hoogste rechter om algemene voorwaarden aan de oneerlijkheidstoets te onderwerpen, duidelijk van de Europeesrechtelijke variant. Het Hof van Justitie van de Europese Unie is terughoudend als het aankomt op de beantwoording van vragen inzake de oneerlijkheid van bedingen. Die toetsing laat het HvJ EU graag over aan de nationale rechter. Wel geeft de hoogste Europese rechter aangrijpingspunten in de vorm van gezichtspunten (zoals eerdergenoemde vergelijking met de wet). Een duidelijk antwoord op de vraag of een beding oneerlijk is, heeft hij – het Océano-arrest¹⁵ daargelaten – nog niet gegeven.

De Hoge Raad had ook een zekere terughoudendheid kunnen betrachten door slechts gezichtspunten aan te reiken en te benadrukken dat de onredelijk bezwarendheid van het beding afhangt van de specifieke omstandigheden van het geval.¹⁶ Dat hij tot een eenduidig antwoord op de gestelde vraag is gekomen, is bijzonder. In het Mobieltjes II-arrest – eveneens een prejudiciële uitspraak – heeft de Hoge Raad de vraag met betrekking tot de onduidelijkheid en mogelijke oneerlijkheid van het all-in prijs-beding niet van een expliciet antwoord voorzien.¹⁷

Uit deze bijzondere uitspraak volgt dat de prejudiciële procedure een plaats toekomt als abstracte toets van algemene voorwaarden, naast de collectieve en preventieve toets uit art. 6:240, 3:305a en 3:305d BW, met dien verstande dat het aan deze toetsen verplicht voorafgaande overleg niet geldt in een prejudiciële procedure. Het initiatief voor de abstracte toets ligt dan immers bij de rechter en niet bij een belangenorganisatie. De prejudiciële uitspraak heeft net als de collectieve toets uitgelegd

in het licht van art. 7 Richtlijn oneerlijke bedingen ‘terugwerkende kracht’, in de zin dat de vernietiging van het beding alle reeds gesloten overeenkomsten treft. Het onredelijk bezwarend karakter van art. 6 jo. 15 dient vanaf nu ambtshalve te worden vastgesteld.¹⁸

De heldere toetsing en dito uitkomst van de onredelijk bezwarend-toets in deze zaak passen goed bij de doelstelling van de prejudiciële procedure – meer rechtseenheid en -zekerheid – en sluiten ook naadloos aan bij eerdere rechtspraak inzake de effectenleaseaffaire waarin, waar mogelijk, van individuele omstandigheden wordt geabstraheerd en pasklare oplossingen worden aangereikt.¹⁹ Een effectieve afwikkeling van massaschade vraagt om geobjectiverde maatstaven. Algemene voorwaarden vormen een ‘massaproduct’ en over bepaalde typen voorwaarden wordt vaak geprocedeerd. Helaas worden dergelijke bedingen in soortgelijke omstandigheden niet steeds op eenzelfde manier beoordeeld (recent de boetebedingen van Q Park en opzeggingsbedingen van Tio Teach). Onderhavige uitspraak zou rechters moeten aansporen om, indien de omvang van het ‘probleem’ het toelaat, prejudiciële vragen te stellen omtrent de onredelijk bezwarendheid van een beding. Kostenbedingen in woekerpolissen verdienen bijvoorbeeld een consistente aanpak.²⁰

4. De sanctionering van het onredelijk bezwarend beding

Een laatste reden om deze uitspraak onder de aandacht te brengen is de gevolgtrekking dat na de (partiële) vernietiging van het beding kan worden teruggevallen op art. 6:277 BW met inachtneming van de in de jurisprudentie ontwikkelde regels inzake eigen schuld van de lessee (r.o. 3.10.1 en 3.10.2). Uit vaste jurisprudentie van het HvJ EU volgt dat de sanctie op het gebruik van oneerlijke

15. HvJ EG 27 juni 2000, NJ 2000/730 m.nt. MRM.

16. Vgl. concl. A-G Wissink onder 6.43.

17. Noot C.M.D.S. Pavillon bij HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:236, *TvC* 2016-5, p. 240.

18. HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:691, NJ 2014/274, m.nt. H.B. Krans.

19. Recent nog: HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:164, NJ 2017/146 (ook een prejudiciële uitspraak).

20. Vgl. de toetsing van dergelijke bedingen aan art. 6:233 sub a BW in Hof Den Bosch 2 mei 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:1875.

21. C.M.D.S. Pavillon, ‘Het Europees verbod op de herziening van oneerlijke bedingen: welke ruimte is er nog voor dwingend en aanvullend nationaal recht?’, Tijdschrift voor de Procespraktijk 2015-3, p. 70-76.

bedingen voldoende afschrikwekkend moet zijn.²¹ Een oneerlijk beding mag niet worden herzien, dat wil zeggen gematigd of geconverteerd. In de literatuur wordt aangenomen dat een splitsing van een oneerlijk beding in een geldig en niet-geldig deel, zoals hier aan de orde, wel is toegestaan.²² Bij splitsing (eigenlijk een toepassing van art. 3:41 BW op het niveau van een individueel beding) rijst i.c. de vraag of het af te splitsen deel – de aanspraak op de resterende rentetermijnen – in een onverbrekkelijk verband staat met de rest van art. 6 jo. 15 Bijzondere voorwaarden. Dit lijkt inderdaad niet het geval.

Een na de (partiële) vernietiging van een beding ontstane leemte in de overeenkomst mag vervolgens alleen worden aangevuld indien die leemte, zo volgt uit het Kásler-arrest, in het nadeel is van de consument.²³ In het verlengde van dit arrest heb ik betoogd dat het van rechtswege terugvallen op regeland recht een met de conversie vergelijkbaar effect heeft en niet afschrikwekkend genoeg is voor de gebruiker van oneerlijke bedingen.²⁴

Dexia behoudt i.c. het recht om op grond van art. 6:277 BW schadevergoeding te vorderen met betrekking tot de gemiste rentetermijnen. Deze schade moet wel worden verrekend met het voordeel dat Dexia geniet uit het vroegtijdig beëindigen van de overeenkomst, dat is het rentepercentage dat Dexia nog zou kunnen krijgen over het afgeloste bedrag gedurende de resterende looptijd. Door aldus te oordelen distantieert de Hoge Raad zich van de in de literatuur geuite zienswijze dat na de vernietiging van het beding het aanvullend recht geen vangnet mag vormen voor de gebruiker en voegt hij zich naar de opvatting van Jongeneel.

Jongeneel betwijfelt immers of het afschrikkend effect van de sanctionering van oneerlijke bedingen zo ver gaat dat de gebruiker van het vernietigde beding de toepassing van aanvullend recht wordt ontzegd.²⁵ Volgens hem belet de effectieve sanctionering van oneerlijke bedingen slechts het actief ‘repareren’ van de overeenkomst met behulp van regeland recht, hetgeen niet aan de orde is bij het van rechtswege van toepassing zijnde aanvullend recht. Hij plaatst daarnaast ook vraagtekens bij het punitieve karakter van het buiten toepassing laten van aanvullend recht. De gebruiker wordt zwaar gestraft: na de vernietiging van een boetebeding is de consument-wederpartij bijvoorbeeld ‘vrij’ om te wanpresteren.

Het eerste argument acht ik weinig overtuigend: het gaat in de rechtspraak van het HvJ EU niet om de rol van de rechter maar om de gevolgen die naar Nederlands (proces)recht aan de vernietiging van een beding worden verbonden. Het is denkbaar dat de richtlijn vergt dat aanvullend recht niet ambtshalve mag worden toegepast. Zijn tweede argument verdient daarentegen bijval. Sancties uit Europese

consumentenrichtlijnen dienen, behalve effectief en afschrikkend, ook evenredig te zijn. Hoewel er dus argumenten zijn om de gebruiker de vangnetfunctie van het aanvullend recht te ontzeggen, zijn er ook argumenten die in de andere richting wijzen. Hopelijk komt er op dit punt snel duidelijkheid uit Luxemburg. Daarvoor is een prejudiciële vraag nodig, zo beaamt ook Jongeneel.²⁶

De Hoge Raad had in het licht van Europese rechtspraak kunnen beslissen dat rentetermijnen niet langer verschuldigd zijn en dat slechts het geleende bedrag terugbetaald moet worden, een renteloze lening zo u wilt. Het is gelet op bovenstaande discussie evenwel begrijpelijk dat hij aansluiting zoekt bij zijn eerdere rechtspraak,²⁷ met dien verstande dat de hoogte van de toekomstige rentetermijnen en dus van de restschuld²⁸ na de partiële vernietiging van art. 6 jo. 15 Bijzondere voorwaarden moet worden verrekend met het voordeel van Dexia. Het terugvallen op de wettelijke regeling gaat bovendien gepaard met de vergaande tegemoetkoming jegens de consument op grond van art. 6:101 BW, een allesbehalve ‘optimale’ uitkomst voor Dexia.²⁹

22. Noot M.B.M. Loos bij HvJ EU 14 juni 2012, ECLI:EU:C:2012:349 (Banesto), *TvC* 2012, afl. 6.

23. Dit is het geval indien doordat partiële nietigheid niet mogelijk is, de gehele overeenkomst wordt vernietigd met als gevolg de directe opeisbaarheid van de wederzijdse prestaties. HvJ EU 30 april 2014, ECLI:EU:C:2014:282, *NJ* 2014/355 m.nt. MRM (Kásler). Zie ook HvJ EU 21 januari 2015, ECLI:EU:C:2015:21, r.o. 33.

24. Pavillon 2015, p. 74-75; zie ook noot M.B.M. Loos bij Hof Den Haag 8 maart 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:486, *TvC* 2016, afl. 5, p. 243.

25. R.H.C. Jongeneel, ‘De blauwe lijst’, in: B. Wessels & R.H.C. Jongeneel (red.) *Algemene Voorwaarden*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 359-360.

26. Jongeneel, p. 360. Een dergelijke vraag lijkt inmiddels door een Spaanse rechter te zijn gesteld: C-94/17 (Banco de Sabadell).

27. HR 2 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2012, *NJ* 2017/9.

28. Zie Hof Amsterdam 15 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5241, r.o. 2.14.

29. Vgl. Pavillon 2015, p. 74-75.